# Schlußanträge des Generalanwalts Herrn Karl Roemer vom 7. Februar 1968

Gliederung

Einleitung (Sachverhalt; Fragen des vorlegenden Gerichts) ..... 115
Rechtliche Beurteilung ..... 117
Vorbemerkung ..... 117
1. Zur 1. Frage ..... 119
a) Zu Artikel 85 ..... 119
b) Zu Artikel 86 ..... 120
2. Zur 2. Frage ..... 124
3. Zusammenfassung ..... 125

*Herr Präsident, meine Herren Richter!*

In der Vorlagesache, die durch eine Anfrage des Gerechtshof zu Den Haag eingeleitet wurde, steht wieder einmal das Wettbewerbsrecht des EWG-Vertrags zur Debatte. — Dies ist der Sachverhalt, von dem wir auszugehen haben und der nach der Natur der sich in ihm stellenden Fragen in weiten Kreisen Beachtung gefunden hat:

Die amerikanische Gesellschaft Parke, Davis and Company mit Sitz in Detroit ist Inhaberin zweier niederländischer Patente zur (biologischen und chemischen) Herstellung des Antibiotikums „Chloramphenicol". Sie hat davon einer niederländischen Firma mit Sitz in Delft Lizenzen erteilt und ist aufgrund dessen der Lizenznehmerin gegenüber zur Wahrnehmung des Patentrechtsschutzes in den Niederlanden verpflichtet.

Dazu ist anzumerken, daß nach niederländischem Recht Arzneimittel selbst zwar nicht patentfähig sind, daß der Inhaber eines Patentes für ein Herstellungsverfahren aber auch das exklusive Recht hat, eine nach dem patentierten Verfahren produzierte Materie in den Verkehr zu bringen. Außerdem gilt in Verfahren wegen Patentverletzungen bei sogenannten „neuen" Materien

gemäß Gesetz vom 7. November 1910 die durch den angeblichen Verletzer zu widerlegende Vermutung, daß ohne Erlaubnis des Patentinhabers vertriebene Mengen nach dem geschützten Verfahren hergestellt worden sind.

Die Patentrechte der Firma Parke, Davis sind nun offenbar dadurch verletzt worden, daß eine belgische Gesellschaft (die Firma „Probel", Brüssel) sowie zwei holländische Firmen (die Aktiengesellschaft „Reese en Beintema-Interpharm" und die Handelsgesellschaft „Centrafarm", beide mit Sitz in Rotterdam) Chloramphenicol aus verschiedenen europäischen Ländern ohne die Erlaubnis der Patentinhaberin oder deren Lizenznehmerin in Holland in den Verkehr gebracht haben. Deshalb kam es 1958 in Rotterdam zur Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens, in dem die Firma Parke, Davis beantragte, die genannten drei Gesellschaften wegen Verletzung ihrer Patentrechte zur Leistung von Schadensersatz zu verurteilen und ihnen bei Androhung einer Geldstrafe die weitere Verletzung der Patentrechte zu untersagen. Im Laufe der verschiedenen Etappen des Verfahrens, das einmal bis zum Hoge Raad führte, wurde eine Reihe tatsächlicher Fragen und Probleme des niederländischen Patentrechts untersucht und, insbesondere nachdem der Nachweis mißlungen war, das fragliche Chloramphenicol sei nach einem anderen Verfahren hergestellt worden, zum größten Teil durch Urteil des Gerechtshof zu Den Haag vom 30. Juni 1967 erledigt. Tatsächlich geht dieses Urteil von einer Verletzung der Patentrechte der Firma Parke, Davis aus, es verurteilt die Firma Centrafarm zur Leistung von Schadensersatz (entsprechende Anträge gegen die anderen Beklagten waren zurückgenommen worden) und es untersagt allen Beklagten unter Androhung einer Zwangsstrafe künftige Verletzungen der Patentrechte. — Ein Punkt indessen wurde in dem Urteil ausgeklammert, nämlich die Beurteilung des Vertriebs von Chloramphenicol, das aus Italien stammte, dem einzigen Mitgliedstaat der EWG, in dem die Firma Parke, Davis kein Patentrecht für die Herstellung des Antibiotikums besitzt, weil nach italienischem Recht Arzneimittel und ihre Herstellungsverfahren nicht patentfähig sind (vgl. dazu die detaillierte Darstellung im Schriftsatz der „Centrafarm"). Vor allem die Beklagte Centrafarm hatte darauf hingewiesen, daß sie „in letzter Zeit" nur noch Chloramphenicol in den Niederlanden vertrieben habe, das in Italien hergestellt worden war und dort mit Rücksicht auf die Besonderheiten des italienischen Patentrechts frei verkauft werden konnte. Sie machte geltend, die Erwirkung eines Importverbotes durch Parke, Davis unter Berufung auf das Patentrecht sei nach dem Wettbewerbsrecht des EWG-Vertrags (Artikel 85 Absatz 1, 86) nicht zulässig und zwar insbesondere deswegen, weil anderenfalls die Verbraucher in den Niederlanden nicht in den Genuß der angeblich wesentlich niedrigeren italienischen Preise kom-

men könnten. — Die Aufklärung dieser Frage hielt das Haager Gericht für entscheidungserheblich. Es hat daher, dem Antrag der Centrafarm folgend, in dem bereits erwähnten Urteil vom 30. Juni 1967 beschlossen, gemäß Artikel 177 den Europäischen Gerichtshof anzurufen und ihm die beiden folgenden Fragen zu unterbreiten:

1. Fällt es — auch bei Berücksichtigung der Bestimmungen der Artikel 36 und 222 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft — unter das Verbot von Verhaltensweisen und Mißbräuchen, das die Artikel 85 Absatz 1 und 86 dieses Vertrages vorsehen, wenn der Inhaber eines durch die Behörden eines Mitgliedstaats erteilten Patents aufgrund dieses Patents eine richterliche Anordnung erwirkt, wonach im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats das Inverkehrbringen, Weiterverkaufen, Vermieten, Liefern oder für andere auf Lager Halten oder Gebrauchen eines aus einem anderen Mitgliedstaat stammenden Erzeugnisses, für dessen Herstellung und Vertrieb im Hoheitsgebiet des letztgenannten Mitgliedstaats keine Exklusivrechte eingeräumt sind, in jeder Form zu unterlassen ist?
2. Ist die erste Frage anders zu beantworten, wenn derjenige, der die Rechte des Patentinhabers erworben hat, das Erzeugnis im Hoheitsgebiet des erstgenannten Mitgliedstaats zu einem höheren als dem Preis vertreibt, den der Verbraucher in diesem Gebiet für das aus dem Hoheitsgebiet des anderen Mitgliedstaats stammende Erzeugnis zu entrichten hat?

Da mit diesen Fragen offensichtlich grundlegende Probleme des Verhältnisses von nationalem Patentrecht zum Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft in die Debatte gebracht wurden, war die Beteiligung an dem durch sie ausgelösten Vorlageverfahren besonders weitreichend. So gingen (gemäß Artikel 20 der EWG-Satzung des Gerichtshofes) schriftliche Bemerkungen ein von den Parteien des Ausgangsverfahrens (außer von der „Interpharm"), von den Regierungen des Königreichs der Niederlande, der Bundesrepublik und der Französischen Republik sowie von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften. Auch in der mündlichen Verhandlung haben sich alle diese Beteiligten (mit Ausnahme der niederländischen Regierung) geäußert.

Wir werden nunmehr sehen, welche Beantwortung der gestellten Fragen sich nach alledem ergibt. Dabei wird unsere Aufgabe nicht gerade erleichtert durch die Zahl der Teilnehmer am Verfahren und die Unterschiedlichkeit ihrer Argumentation.

## *Rechtliche Beurteilung*

### Vorbemerkung

Ehe wir uns an die eigentliche Interpretationsaufgabe begeben können, sind jedoch einige kurze Vorbemerkungen angebracht zur

*Tragweite der aufgeworfenen Fragen.* Sie erscheinen notwendig, weil von einigen Beteiligten (nämlich von der Kommission, von der niederländischen Regierung und von der Beklagten Centrafarm) schriftlich und mündlich Probleme behandelt wurden, die nur in einem entfernten gedanklichen Zusammenhang stehen mit dem vom nationalen Gericht zu beurteilenden Sachverhalt, in Wirklichkeit aber in den gestellten Fragen nicht visiert sind. Es handelt sich um das Problem der sogenannten „Parallelpatente" oder anders gesagt die Situation, in der ein Unternehmen für ein Erzeugnis in einem Mitgliedstaat ein Patentrecht hat und dessen Einfuhr aus Mitgliedstaaten verhindern will, in denen es gleichfalls Patentrechte besitzt, diese aber als erschöpft gelten, weil das Erzeugnis vom Patentinhaber oder mit dessen Einwilligung in den Verkehr gebracht wurde, der Patentinhaber aus der Verwertung seiner Rechte also bereits Nutzen ziehen konnte. Die Kommission insbesondere hält es für vertretbar, diesen Sachverhalt in die Erwägungen für die Interpretation mit einzubeziehen, da in dem Tatbestand des Vorlageurteils (in der französischen Übersetzung) nur von Erzeugnissen „provenant d'Italie" und nicht von Erzeugnissen „originaires d'Italie" die Rede sei. Man könne sich — so ihre Überlegung — vorstellen, daß die fraglichen Produkte zwar aus Italien bezogen wurden, daß sie aber in den italienischen Freiverkehr gelangt seien aus einem anderen Staat, wo sie vom niederländischen Patentinhaber (oder mit dessen Einwilligung) aufgrund eines weiteren Patents produziert und in den Verkehr gebracht wurden. Man könne sich auch vorstellen, daß die fragliche Ware zwar in Italien (also ohne Patentrecht) hergestellt worden sei, danach aber zunächst in einem anderen Mitgliedstaat, in dem Patentschutz bestehe, vom holländischen Patentinhaber oder mit seiner Einwilligung in den Verkehr gebracht worden sei.

Diesen — künstlich und unwahrscheinlich anmutenden — Konstruktionen und den sich darauf aufbauenden Thesen der Kommission (und anderer Beteiligter) werden wir jedoch nicht folgen, weil wir nicht „ultra petita" antworten dürfen. Sie finden nämlich offensichtlich keine Grundlage im nationalen Verfahren, an das wir gebunden sind. Vielmehr ergibt sich aus der Begründung des Vorlageurteils, vor allem aus dem Hinweis auf das Vorbringen der „Centrafarm" (die nur von in Italien hergestellten und unmittelbar nach den Niederlanden exportierten Erzeugnissen spricht) sowie aus der Tatsache, daß Einfuhren aus anderen Mitgliedstaaten bereits verboten wurden, ganz eindeutig, welchen Sachverhalt allein das niederländische Gericht jetzt noch vor Augen hat. Danach ist lediglich die Frage von Bedeutung, ob aufgrund des niederländischen Rechts dem Inhaber niederländischer Patente Schutz gewährt werden kann in Form von Schadensersatzansprüchen und gerichtlichen Unterlassungsgeboten gegen ohne seine Einwilligung

vorgenommene Importe patentgeschützter Erzeugnisse aus einem *Land*, das für diese *keinen* Patentschutz kennt und in dem sie ohne Erlaubnis des Patentinhabers hergestellt sowie in den Verkehr gebracht werden konnten, oder ob das Wettbewerbsrecht des EWG-Vertrags die Geltendmachung derartiger nationaler Patentrechtsansprüche ausschließt.

Allein mit dieser Fragestellung haben wir uns im folgenden zu befassen, während die — namentlich von der Kommission angeregte — weiterreichende Fragestellung gegebenenfalls einem künftigen Verfahren vorbehalten bleiben muß, in dem es auf sie tatsächlich ankommt.

1. *Zur ersten Frage*

Bei der Beantwortung der ersten Frage, deren Wortlaut ich jetzt nicht zu wiederholen brauche, empfiehlt sich meines Erachtens eine Aufgliederung nach den beiden in ihr angeführten Vertragsartikeln. Wenden wir uns also zunächst Artikel 85 zu und untersuchen wir daran anschließend die Bedeutung von Artikel 86 für den vorliegenden Sachverhalt.

a) Zu Artikel 85

Was Artikel 85 des EWG-Vertrags angeht, so können unsere Bemerkungen sehr kurz sein. Diese Vorschrift verbietet bekanntlich bestimmte Vereinbarungen zwischen mehreren Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, d.h. sie gilt nur für Fälle, in denen eine Wettbewerbsbeschränkung und Handelsbeeinträchtigung durch das freiwillige *Zusammenwirken mehrerer Unternehmen* herbeigeführt wird.

Daran fehlt es offensichtlich im gegenwärtigen Sachverhalt. Wir haben es zu tun mit einem *einseitigen* Vorgehen des Patentrechtsinhabers, d.h. der Geltendmachung seiner nationalen, originären (nicht auf einer Vereinbarung beruhenden) Rechte. Mag er auch seinem niederländischen Lizenznehmer gegenüber zur Rechtsausübung verpflichtet sein, so ist es doch nicht diese Vereinbarung, die eine Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirken kann, sondern allein das (subjektive) nationale Patentrecht.

Somit ist, wie die Bundesregierung und die französische Regierung zutreffend bemerken, festzustellen, daß Artikel 85 der Natur der Sache nach auf einen Sachverhalt wie den vorliegenden nicht angewendet werden kann.

b) Zu Artikel 86

Nicht so einfach erscheint die Antwort auf die Frage, ob Artikel 86, der den Mißbrauch marktbeherrschender Stellungen untersagt, gegen die Geltendmachung von Patentrechten angerufen werden kann. Die meisten Beteiligten haben in der Beantwortung dieser Frage etwas weiter ausgeholt; lassen Sie uns gleichfalls so verfahren.

Wir haben gehört, daß das niederländische Recht (Artikel 30 des Gesetzes vom 7. November 1910) dem Patentinhaber ein *exklusives*, wenn auch befristetes, Recht zur Verwertung der Erfindung (Herstellung und Vertrieb des patentierten Erzeugnisses) auf holländischem Territorium gibt. Dieses Recht ist erst dann erschöpft, wenn das patentierte Erzeugnis vom Patentinhaber oder mit seiner Zustimmung in den Verkehr gebracht wird, und zwar — so die herrschende Rechtsprechung — *in den Niederlanden* in den Verkehr gebracht wird. Es gilt demnach (wie in anderen Mitgliedstaaten) das *Territorialitätsprinzip*.

Dieses nationale Patentrecht — darin scheint unter den Beteiligten im großen ganzen Übereinstimmung zu bestehen — sollte in seinem *Bestand*, in seiner *Substanz* nicht angetastet werden durch den EWG-Vertrag[1]. Dafür lassen sich tatsächlich eindeutige Anhaltspunkte im Vertrag selbst finden, und zwar in den Artikeln 36 und 222. In *Artikel 36* ist — wenn auch, wie die Kommission mit Recht hervorhebt, nicht vorbehaltslos — anerkannt, daß Einschränkungen des Warenverkehrs (oder anders gesagt: Marktaufteilungen) in Abweichung von den Vorschriften der Artikel 30—34 hingenommen werden müssen, soweit sie durch die Existenz nationaler gewerblicher Schutzrechte bedingt sind. — *Artikel 222* des Vertrages läßt ausdrücklich die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten unangetastet. Dies ist nach richtiger Auffassung (entgegen gewissen Andeutungen der Kommission, die zu Unrecht in Anlehnung an Artikel 83 des Montanvertrags nur von einer Wahlfreiheit zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen *Unternehmensformen* spricht) dahin zu verstehen, daß alle wesentlichen Elemente der nationalen Eigentumsordnung unberührt bleiben sollen, also auch der Bestand der eigentumsgleichen Rechte an Erfindungen. Dafür sprechen — wie von einigen Beteiligten gezeigt wurde — sogar gewisse Formulierungen des Grundig-Urteils, nämlich die, in denen im Hinblick auf gewerbliche Schutzrechte die

1 — Vgl. auch die Stellungnahme der Internationalen Handelskammer zu den Auswirkungen der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags auf die gewerblichen Schutzrechte, GRUR, ausländischer und internationaler Teil 1959, 392; Plaisant, Le traité de C.E.E., l'article 85 et les droits de propriété industrielle en: Propriété industrielle et Marché Commun, S. 145; Wagret, La propriété industrielle et le droit européen des ententes, Revue du Marché Commun 1962, 431; Jansse u.a., Der Einfluß der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags auf die gewerblichen Schutzrechte, GRUR, ausländischer und internationaler Teil, 1961, 276.

Heranziehung von Artikel 222 nicht a priori zurückgewiesen wurde. Nur bei dieser Auffassung erhalten im übrigen die seit 1959 andauernden Bemühungen um eine europäische Konvention zur Anpassung des nationalen Patentrechts an die Erfordernisse des Gemeinsamen Marktes einen vernünftigen Sinn.

Substanz und Kern des nationalen Patentrechts würden nun allerdings ganz offensichtlich berührt, ginge man unter Berufung auf die Erfordernisse des Gemeinsamen Marktes vom Grundsatz der Unabhängigkeit nationaler Patentrechte und dem allgemein anerkannten Territorialitätsprinzip in einem Sachverhalt wie dem vorliegenden ab, nähme man also eine *Erschöpfung* des Patentrechts oder anders gesagt, den Ausschluß der aus ihm abzuleitenden Abwehransprüche auch dann an, wenn patentgeschützte Erzeugnisse ohne Einwilligung des Patentinhabers in Ländern ohne Patentschutz in den Verkehr gebracht werden. Tatsächlich bliebe dann von dem gesetzlichen Verwertungsmonopol, das dem Erfinder die Chance einer angemessenen Entschädigung sichern soll, nicht viel übrig, denn Nichtberechtigte könnten von einem Land ohne Patentschutz aus ohne Hindernisse den gesamten Gemeinsamen Markt versorgen und dies (da sie ja besondere Entwicklungskosten wie die Patentinhaber oder ihre Lizenznehmer nicht zu tragen haben) zu vorteilhafteren Bedingungen als die Erfinder selbst. Die Auswirkungen auf die Wirtschaft und die Patentrechtspraxis wären unübersehbar. Ein derart ausgehöhltes und entwertetes Patentrecht könnte den technischen Fortschritt hemmen, denn es nähme den Unternehmen vielfach den Anreiz, die zunehmenden Kosten für Forschung und Entwicklung zu tragen, weil keine Aussicht auf angemessene Entschädigung in Form eines wirksamen gesetzlichen Verwertungsmonopols auf Zeit vorhanden wäre. Zumindest müßte damit gerechnet werden, daß Erfindungen weithin geheimgehalten würden (in der Erwartung nämlich, so die alleinige Verwertung zu sichern), was anderen Unternehmen nicht nur die Möglichkeit nähme, auf der Basis vollzogener Entdeckungen weiterzuarbeiten, sondern auch die, sich durch Lizenzen eine rechtmäßige Möglichkeit zur Teilnahme an der Verwertung einräumen zu lassen.

Kann demnach im Hinblick auf die Artikel 36 und 222 des Vertrages sicher nicht davon die Rede sein, der Patentrechtsschutz entfalle in einem Land schon dann, wenn die geschützten Produkte in einem patentfreien Land ohne Zustimmung des Patentinhabers in den Verkehr gebracht wurden, so bleibt in der Tat nur die Frage, inwieweit die *Mißbrauchsbestimmung* des Artikels 86 hier eingreifen könnte.

Sie von vornherein gegenüber Patentrechten auszuschließen, wird man richtigerweise nicht erwägen können. Das hat sich schon

im Grundig-Verfahren gezeigt im Hinblick auf das verwandte Phänomen des Markenrechts, dessen Bestand zwar unangetastet blieb, dessen *Ausübung* sich aber gewisse Einschränkungen gefallen lassen mußte (nämlich soweit von einem Mißbrauch in bezug auf die Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft zu sprechen war). Auch das nationale Patentrecht kennt insofern, etwa was die Erfordernisse des Wettbewerbsrechts oder des Preisrechts angeht, gewisse Einschränkungen (wie uns u.a. die französische Regierung gezeigt hat).

Sehen wir also zu, welche Tatbestandsmerkmale nach Artikel 86 besonders zu beachten sind und welcher Sinn ihnen im Hinblick auf den uns interessierenden Sachverhalt beizulegen ist.

Erste Voraussetzung ist das Vorliegen einer *beherrschenden Stellung* auf dem Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben. Dazu wurde von der Mehrheit der Beteiligten zutreffend unterstrichen, es handele sich um einen *wirtschaftlichen Begriff*, es genüge also nicht der Nachweis eines *rechtlichen Monopols* (wie es der Patentinhaber genießt), sondern es müsse festgestellt werden, welche Stellung der Patentinhaber auf dem *Markt* innehabe, ob das von ihm produzierte Erzeugnis seiner Art nach ohne Wettbewerb oder ohne wesentlichen Wettbewerb sei, der Monopolist also die Möglichkeit zur Festsetzung der Preise und Konditionen habe. Tatsächlich ist vorstellbar, daß es kommerziell nicht verwertbare Patente gibt (eine Situation, in der ihr Inhaber insoweit ohne jeden Markteinfluß ist); es ist weiterhin denkbar, daß mehrere Lizenznehmer für ausreichenden Wettbewerb sorgen, daß andere Verfahren zur Herstellung des patentierten Produkts bestehen (was die Beklagten selbst behauptet haben) oder aber — wie die Klägerin für Chloramphenicol angibt — daß viele gleichartige Produkte anderer Unternehmen den Wettbewerb garantieren (wobei es unwesentlich ist, ob dieser sich abspielt im Hinblick auf das Urteil der Endverbraucher oder das der verordnenden Ärzte). Die Existenz eines Patentrechts allein würde dem ersten Tatbestandsmerkmal von Artikel 86 demnach nicht genügen, vielmehr wären in jedem Fall ökonomische Untersuchungen der geschilderten Art anzustellen. Dabei kann für uns im Interpretationsverfahren allerdings offenbleiben, wieweit das nationale Gericht von gewissen *Vermutungen* für das Vorhandensein von Wettbewerb gegenüber patentgeschützten Produkten ausgehen darf, Vermutungen, wie sie etwa die Klägerin für berechtigt hält[1].

An zweiter Stelle ist hervorzuheben, daß Artikel 86 von der *Ausnützung einer Marktstellung* spricht. Unzulässig sind folglich — das unterstreicht vor allem die Bundesregierung — nicht alle

1 — Vgl. auch Jansse, a.a.O.

Handlungen des Monopolisten, sondern nur solche, die unter Einsatz der beherrschenden Stellung vorgenommen werden; anders ausgedrückt, die beherrschende Stellung auf dem Markt muß als *Mittel* zur Erreichung eines bestimmten Ziels verwendet werden. Tatsächlich mag man sich fragen, ob davon *begrifflich* bei der Ausübung des *staatlichen* Patentrechts überhaupt gesprochen werden kann, denn für seine Geltendmachung ist allein die objektive Rechtslage maßgeblich, nicht dagegen die Marktstellung des Patentinhabers. Indessen soll diese — vielleicht etwas sophistisch erscheinende — Fragestellung nicht weiter vertieft, sondern die Aufmerksamkeit auf das dritte Tatbestandsmerkmal gerichtet werden, zu dem meines Erachtens vollkommen eindeutige Aussagen möglich sind.

Artikel 86 verlangt nämlich vor allem einen „*Mißbrauch*" der beherrschenden Stellung, bezogen auf das Patentrecht, einen Mißbrauch bei dessen Geltendmachung. Der *normale Gebrauch*, der dem *Wesen* und *Zweck* des Rechtes entspricht, kann nach Artikel 86 niemals untersagt werden[1]. So aber verhält es sich in einem Fall wie dem vorliegenden. Wie wir wissen, sollen mit Hilfe gerichtlicher Verbote Importe des patentgeschützten Erzeugnisses aus einem *patentfreien* Raum verhindert werden. Dies bedeutet die Geltendmachung von Ansprüchen, die sich aus der *Natur* des Patentrechts ergeben und ohne die es — wie wir gesehen haben — fast völlig entwertet wäre, weil das Nutzungsmonopol des Patentinhabers, das diesem eine angemessene Entschädigung für seine Aufwendungen sichern soll, in Frage gestellt würde. Insofern ist der vorliegende Fall auch nicht zu vergleichen mit dem Grundig-Verfahren, in dem davon gesprochen wurde, die Übertragung eines *Marken*rechts (dessen Funktionen sich im übrigen von denen des Patentrechts erheblich unterscheiden) zum Zweck der Sicherung eines vertragswidrigen Alleinvertriebs unter Ausschluß von Parallelimporten (d.h. zur Sicherung einer Marktaufteilungsabsprache) sei mißbräuchlich, weil von Zweck und Funktion des Markenrechts nicht gedeckt.

Demnach ergibt sich zur ersten Frage zusammenfassend die Feststellung, daß eine Anwendung von Artikel 86 auf die Ausübung von Patentrechten zwar nicht auszuschließen ist, daß dies aber in einem Sachverhalt wie dem vorliegenden keinesfalls den Patentinhaber daran hindern kann, Abwehransprüche im Hinblick auf Importe aus patentfreien Gebieten geltend zu machen.

Die erste Frage — das ist auch die Meinung der beteiligten Regierungen, der Klägerin und (soweit Parallelpatente nicht ins Auge gefaßt werden) diejenige der Kommission — muß somit *negativ* beantwortet werden.

1 — Vgl. Jansse a.a.O.

2. *Zur zweiten Frage*

Mit der ergänzenden zweiten Frage möchte das holländische Gericht wissen, ob sich eine andere Antwort ergibt bei der Feststellung, daß der Patentinhaber (beziehungsweise sein Lizenznehmer) für die von ihm in den Niederlanden in Verkehr gebrachten Erzeugnisse *höhere Preise* fordert, als sie für die aus Italien importierten Produkte gelten.

Dazu könnte man sich — wie die Klägerin des nationalen Verfahrens meint — mit der Erklärung begnügen, daß die Existenz eines Preisunterschieds schlechthin, ohne Präzisierung seines Umfangs und seiner Gründe, irgendeine exakte kartellrechtliche Schlußfolgerung selbstverständlich nicht zuläßt.

Indessen sollte die Antwort nicht so knapp gehalten, sondern noch folgendes bemerkt werden.

Denkbar ist es tatsächlich, in einer *extremen* Preisgestaltung ein *Indiz* zu erblicken für eine marktbeherrschende Stellung und ihren Mißbrauch im Sinn von Artikel 86, der einzigen wettbewerbsrechtlichen Vorschrift des Vertrages, die, wie wir gesehen haben, im vorliegenden Fall interessiert. Mit einem solchen Indiz allein dürfte sich der nationale Richter allerdings keinesfalls begnügen, sondern er hätte zusätzlich genaue Ermittlungen anzustellen (für die in einem Interpretationsverfahren nach Artikel 177 natürlich kein Platz ist), um zur *zuverlässigen* Feststellung einer Marktbeherrschung und ihres Mißbrauchs zu gelangen (etwa — wie es die französische Regierung für richtig hält — durch Vergleiche mit analogen Situationen in anderen patentgeschützten Märkten). Denn — das hat uns das Verfahren überzeugend gezeigt — eine gewisse (nicht unerhebliche) Preisdifferenz kann sich in einem Sachverhalt wie dem vorliegenden aus der Natur der Sache ergeben. So ist es normal, daß sich im Preis eines patentierten Erzeugnisses (ob es nun unmittelbar vom Patentinhaber oder aber durch einen — entschädigungspflichtigen — Lizenzinhaber vertrieben wird) die gerade in der pharmazeutischen Industrie recht hohen Forschungskosten (auch für erfolglose Forschungen) niederschlagen, die — gemäß dem raschen Gang der Entwicklung — in einer verhältnismäßig kurzen Frist zu amortisieren sind. Wie wir schon betont haben, würde ohne diese Möglichkeit der Kostendeckung mit Hilfe des Patentmonopols weithin der Anreiz für kostspielige Entwicklungen entfallen. Desgleichen zeigen sich im Preis die Kosten für die Patenterlangung, für die Markteinführung und für die Begründung eines Goodwill (etwa bei Markenerzeugnissen). — Mit allen diesen Kosten ist der Erzeuger in einem patentfreien Land, der fremde Erfindungen ohne Entgelt aufgrund der veröffentlichten Registrierungen ausbeuten kann, nicht be-

lastet. Kein Wunder also, daß er seine Erzeugnisse wesentlich billiger anzubieten vermag. Dazu kommen möglicherweise noch — wie uns in der mündlichen Verhandlung zu demonstrieren versucht wurde — Differenzen in der *Qualität*, die sich gleichfalls im Preis ausdrücken können.

Würde sich jedoch nach Berücksichtigung der angeführten Elemente ergeben, daß infolge einer marktbeherrschenden Stellung eine unangemessene, wirtschaftlich nicht gerechtfertigte Preisgestaltung im Sinn von Artikel 86 Buchstabe a vorliegt, so könnte — richtig verstanden — gleichwohl nicht die rechtliche Konsequenz eintreten, daß dem Patentinhaber sein *gesetzlicher Abwehranspruch* gegen Importe aus patentfreien Ländern genommen wird, um den es dem vorlegenden Gericht in erster Linie geht. Wie wir gesehen haben, wäre dies gleichbedeutend mit der fast vollkommenen Aushöhlung und Entwertung des Patentrechts, d.h. mit der Beseitigung der sich aus ihm ergebenden geschützten beherrschenden Stellung. Das aber — d.h. die Verdammung einer *beherrschenden* Stellung an sich — sieht Artikel 86 keineswegs vor, sondern nur die Untersagung ihres *Mißbrauchs*. Wenn sich also der Mißbrauch in der *Preisgestaltung* äußert, wäre allein diese möglicher Gegenstand einer kartellrechtlichen Maßnahme (etwa gemäß Artikel 3 der Verordnung Nr. 17), nicht dagegen das Bestreben, Importe aus patentfreien Ländern zu untersagen.

Somit muß — wie unter anderem die Kommission, die französische Regierung und die Bundesregierung vorschlagen — *in jedem Fall* auch die Beantwortung der zweiten Frage negativ sein.

### 3. *Zusammenfassung*

All dies ergibt zusammengenommen folgende Antworten auf die gestellten Fragen:

— Weder Artikel 85 noch Artikel 86 des EWG-Vertrags schließen aus, daß der Inhaber eines Patents, das ein Mitgliedstaat erteilt hat, aufgrund seines Patentrechts ein gerichtliches Verbot gegen die Einfuhr patentgeschützter Erzeugnisse aus einem anderen Mitgliedstaat erwirkt, in dem ein Patentschutz für die Erzeugnisse und das Verfahren zu ihrer Herstellung nicht gewährt wird.

— Dies gilt auch dann, wenn der Patentinhaber (oder sein Lizenznehmer) die Erzeugnisse in dem Patentschutz gewährenden Mitgliedstaat zu Preisen in den Verkehr bringt, die über denen liegen, die in demselben Mitgliedstaat für Erzeugnisse verlangt werden, die aus einem patentfreien Mitgliedstaat eingeführt worden sind.

— Eine besondere Kostenentscheidung ergeht in Vorlageverfahren nicht. Sie obliegt vielmehr dem vorlegenden nationalen Gericht.